

Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal

DINAMISMO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL APÓS O ESTATUTO DE ROMA: DA SUDAN ROOM À SITUAÇÃO EM DARFUR, SUDÃO

TARCISO DAL MASO JARDIM

TEXTOS PARA DISCUSSÃO

68

ISSN 1983-0645

Brasília, agosto/2010

Contato: *conlegestudos@senado.gov.br*

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade do autor e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

Os trabalhos da série "Textos para Discussão" estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico:
http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm

Dinamismo do direito internacional penal após o Estatuto de Roma: da *Sudan room* à situação em Darfur, Sudão

Tarciso Dal Maso Jardim¹

Resumo

O direito internacional penal, após longo desenvolvimento desde o séc. XIX, teve sua expressão mais significativa no estabelecimento do tribunal penal internacional permanente, em 1998, mediante a aprovação do Estatuto de Roma. Entretanto, este evento não significou a estabilidade ou a homogeneidade desse ramo do direito internacional. De um lado, as condições da sociedade internacional que permitiram a aprovação deste tratado impuseram vários limites de competência ao tribunal, não cessando, portanto, as iniciativas de justiça *ad hoc*, no caso internacionalizadas, destinadas a julgar responsáveis por crimes internacionais não submetidos àquela jurisdição. De outro lado, o próprio Estatuto de Roma é aberto a várias possibilidades de desenvolvimento e interpretação. Isso posto, longe de representar um ponto de chegada, este tratado abriu o direito internacional a um dinamismo sem precedentes, que o presente texto pretende dimensionar.

Introdução

Há cerca de uma década, em Roma, no 3º andar do edifício B da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (F.A.O.), na *Sudan room*, mais de uma centena de organizações não-governamentais (ONGs) instalaram sua estrutura para acompanhar a Conferência diplomática sobre o estabelecimento de um tribunal penal internacional permanente. Apesar de sua limitada condição de observadora, a forte representação da sociedade civil a discutir tema internacional tão importante seria impensável outrora, já que o poder e o humor dos Estados soberanos reinavam quase sós. Eram outros tempos, afinal os anos 90 foram marcados por grandes conferências internacionais sobre temas sociais², impulsionadas por atores estatais e não-estatais no aberto cenário internacional pós-Guerra Fria.

¹ Consultor legislativo do Senado Federal, observador internacional na Conferência diplomática (Roma) e nas reuniões (sede das Nações Unidas) constitutivas do Tribunal Penal Internacional, membro da delegação brasileira na primeira conferência de revisão do Estatuto de Roma (Uganda), mestre em relações internacionais (UnB), doutorando em direito internacional (Univ. Paris X – Nanterre).

² Entre as quais, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992); a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993); a Conferência sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994); a Cúpula sobre o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995), a Conferência sobre a Mulher (Beijing, 1995) e a segunda conferência sobre Assentamentos Humanos - Habitat II (Istambul, 1996). LINDGREN ALVES, José Augusto. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: FUNAG/IBRI, 2001.

A marcante pluralidade dos negociadores é o primeiro elemento a ser destacado, a fim de delinear o ambiente da Conferência de Roma de 1998 que inaugurou novo direito internacional penal. Tal pluralidade de atores não é reduzida a ONGs e Estados, pois inclui organizações intergovernamentais, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, agências especializadas e fundos das Nações Unidas³. Porém, o mais importante era o fato dessa composição estar acompanhada de dose de coesão internacional necessária para o estabelecimento de um regime penal, aqui simbolizada pelo nome da sala onde as ONGs se instalaram, que curiosamente era homônima de país hoje centro das atenções humanitárias e do TPI: a República do Sudão (*Sudan*).

Adicionais ao elemento de composição mencionado, dois fatores balizavam o substrato das negociações travadas na Conferência de Roma. De um lado, os tribunais então recém criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para a Ex-Iugoslávia (TPIY) e para Ruanda (TPIR) haviam gerado precedentes organizacionais e jurisprudência. De outro lado, dispunha-se de farto material normativo acumulado desde as conferências de paz da Haia (1899 e 1907) e aprimorado no esforço onusiano de codificação do direito internacional, consagrado como *ius cogens* ou como obrigações *erga omnes*.

Esse estado de espírito e tal nível organizacional e normativo da sociedade internacional não existiam em outros períodos históricos em que se cogitou a formação de instituições penais internacionais permanentes. Nomeadamente, no final do século XIX, em tentativas de impor sanções penais às violações da Convenção de Genebra de 1864 para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha; no período entre guerras, em vários projetos que sucederam a Grande Guerra, animados pelas previsões de julgamentos internacionais *ad hoc* dos tratados de Versalhes e de Sèvres, posteriormente não executadas⁴; ou na bipolar Guerra-Fria, especialmente em trabalho da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, inviabilizado mesmo à sombra dos tribunais internacionais militares de Nuremberg e de Tóquio e da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948⁵.

Para contrastar e dimensionar a ambiência do TPI, retrocederemos para analisar as dificuldades enfrentadas pela primeira concepção de jurisdição internacional penal, sucessiva à Convenção de Genebra de 1864. Essa convenção inaugura o direito internacional humanitário escrito e com vocação universal, gerando muito entusiasmo à época. Entre as expectativas, inicialmente, acreditava-se que os Estados membros tipificassem as condutas contrárias a ela e as reprimissem, sendo marcante nesse sentido a proposta de 2 de dezembro de 1868 feita por

³ Oficialmente 160 Estados participaram das negociações, 17 organizações intergovernamentais, 14 agências especializadas e fundos das Nações Unidas e 124 ONGs, que poderiam ser multiplicadas, pois havia entre elas coalizões e federações de ONGs.

⁴ O art. 227 do tratado de Versalhes de 1919 previu o julgamento do imperador alemão Wilhelm II “por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados” e os arts. 228-9 do mesmo tratado previa a responsabilização do pessoal militar alemão acusado por crimes de guerra a serem julgados por tribunais militares aliados mistos ou por tribunais militares nacionais dos Aliados. O imperador foi asilado nos Países Baixos e os demais acusados foram deixados pelos Aliados à sorte dos tribunais alemães, que somente julgaram doze deles nos conhecidos processos de Leipzig. Já o tratado de Sèvres de 1920 previa o julgamento dos “jovens turcos” por crimes contra a humanidade contra os armênios. Esse tratado não entrou em vigor e posteriormente foi substituído pelo tratado de Lausanne de 1923, que anistiava os responsáveis em anexo oculto. BASSIOUNI, Cherif. « L’expérience des premières juridictions pénales internationales ». In ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris : Editions Pedone, 2000, pp. 635-59 ; RACINE Jean-Baptiste. *Le Génocide des Arméniens: origine et permanence du crime contre l’humanité*. Paris : Editions Dalloz, 2006.

⁵ O art. VI da Convenção de Genocídio prevê a possibilidade de julgamento dos acusados desse crime em corte internacional penal competente.

Ferdinando Palasciano para tipificar as condutas proibidas pela Convenção na oportunidade de reforma do código penal marítimo do reino da Itália⁶. A ausência desse comportamento estatal reforçou idéia até então excêntrica, a de Brodrück⁷, de criar sanções penais internacionais para os violadores da Convenção. O principal articulador dessa segunda opção para executar a Convenção de 1864 veio a ser Gustave Moynier⁸, que cogitou uma revisão desse tratado a fim de instalar jurisdição automática a cada conflito, crente que com um tratado geral inédito de caráter humanitário a instalação de uma justiça internacional seria alcançável. Até mesmo um país, a Itália, vejam só, predispunha-se a apoiar tal idéia, talvez impulsionada pelas posições do pioneiro médico e parlamentar Palasciano. Apesar de alguns apoios, a maioria desencorajava tal projeto, a incluir Lieber, autor do célebre código de conduta de 1863, feito para as tropas engajadas na guerra de Secessão, sob encomenda do presidente dos Estados Unidos Abrahan Lincoln, e que é considerado um modelo de regras para o direito internacional humanitário.

Um de seus críticos, Rolin-Jaequemyns⁹, ao invés de jurisdição internacional penal, proporia a formação de uma instância internacional de inquérito, idéia a qual se associaria o próprio Moynier posteriormente, na esperança de progredir suas propostas, sempre em vão. Desolado pela falta de apoio para impor sanções penais aos violadores da Convenção de 1864, Moynier consolava-se no império das transformações (*l'empire des changements*) para vislumbrar que suas idéias um dia prosperassem¹⁰. O tempo passou, as conferências da paz de 1899 e 1907 dariam outro alento, porém nem o tratado de corte internacional de presas previsto nesta última conferência seria ratificado, pois reinava a visão realista de uma ordem jurídica interestatal resistente à formação de instituições internacionais. Então, milhões de vítimas de guerras mundiais sucederam-se e emergiram organizações e normas internacionais, mas não foram capazes de conciliar a grande divisão doutrinária estabelecida entre os favoráveis à justiça penal internacional e os estatocêntricos. Portanto, o Estatuto de Roma, que criou o TPI, é um marco nessa história e um possível conciliador de princípios, embora o direito internacional penal siga seu curso e seus enfrentamentos, a buscar sua função nas relações internacionais.

Nesse breve e espontâneo texto serão pontuados alguns desenvolvimentos pós-Roma, sempre a utilizar a espiral história das idéias. Essas reflexões serão divididas em duas partes, a primeira dedicada às instituições judiciárias criadas após o TPI (“I. Para além do TPI”) e a segunda a alguns desenvolvimentos do direito internacional penal em comparação ao posto pelo

⁶ MOYNIER Gustave. *Etude sur la Convention de Genève*. Paris: Librairie de Joël Cherbuliez, 1870, pp. 309-310.

⁷ O militar e cavaleiro Brodrück foi negociador da Convenção de 1864 pelo grã-ducado de Hesse e posteriormente sugeriu cinco novos artigos para sancionar seus violadores, fato esquecido nos séculos XX e XXI, mesmo por autores renomados. No máximo apresentam Gustave Moynier como pioneiro, que realmente aperfeiçoa a primeira idéia, mas estranhamente ignoram o reconhecimento deste mesmo autor à originalidade de Brodrück. Sobre o tema ver: HALL Christopher Keith, « Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 1998, p.59-78 ; DUMAS Jacques. *Responsabilité internationale des États à raison de crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*. Paris : Sirey, 1930, pp. 492-3 ; MOYNIER Gustave. *Etude sur la Convention de Genève*. Op. cit.

⁸ MOYNIER Gustave, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11, 1872, pp. 122-131.

⁹ ROLIN-JAEQUEMYSNS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 325-346.

¹⁰ MOYNIER Gustave. *Considérations sur la sanction pénale a donner à la Convention de Genève*. Lausanne : Imprimerie F. Regamet, 1893, p.8.

Estatuto de Roma (“II. Para além do Estatuto de Roma”), com o objetivo de especular sobre os rumos do direito internacional penal e do TPI.

I. Para além do TPI

O Estatuto de Roma estabeleceu uma corte afirmada, de um lado, em competência sobre crimes cometidos após sua entrada em vigor, sem responsabilizar penalmente pessoas por condutas anteriores¹¹, o que permitiu a negociação de um tratado geral descontextualizado dos problemas passados pelos Estados negociadores. Entretanto, pelo fato de não estar apto a julgar crimes internacionais ocorridos antes da entrada em vigor de seu Estatuto, o TPI nasceu incompetente para resolver vários casos de grande preocupação internacional, como os do *Khmer Rouge* (Camboja).

De outro lado, o Estatuto de Roma é fundado sob o princípio da complementaridade¹², que reconhece às jurisdições nacionais a obrigação primária pela investigação e julgamento de acusado de crime internacional. Isso significa que a vocação do TPI é agir diante a incapacidade ou indisposição de investigar e processar por parte do Estado com competência primária para tal, ou no caso de o Estado investigar e processar sem garantias judiciais definidas pelo direito internacional. Entretanto, mesmo nessas situações, o TPI só admitirá os casos graves à sua jurisdição. Portanto, a jurisdição internacional penal permanente tem funções bem restritas e tal condição abriu o direito internacional penal para outras experiências, influenciadas pelo Estatuto de Roma certamente, mas que poderão, ao inverso, influenciar o trabalho do TPI.

A. Jurisdições penais internacionalizadas

O Estatuto de Roma entrou em vigor em julho de 2002, quatro anos após a Conferência de Roma, o que é um tempo curto para tratado dessa envergadura alcançar o quorum mínimo por ele exigido de sessenta ratificações. Pois mesmo nesse pequeno intervalo de tempo foram criadas várias jurisdições penais internacionalizadas para resolver casos passados não absorvidos pelo Estatuto de Roma, a combinar estruturas, normas e recursos humanos nacionais e internacionais¹³. Os modelos criados pós-Roma se diferenciam das jurisdições penais internacionais fundadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, nomeadamente o TPIY e o TPIR, o que pode ser explicado por vários motivos. Primeiramente, esses dois tribunais se

¹¹ Arts. 11 e 24 do Estatuto de Roma. SALAND, Per. “International Criminal Law Principles”. In LEE, Roy. *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*. Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 189-216.

¹² Preâmbulo, arts. 1º e 17 do Estatuto de Roma. HOLMES, John T. “The principle of complementarity”. In LEE, Roy. *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*. Loc. Cit., pp.41-78; BENVENUTI, Paulo. “Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions”. In LATANZI, Flavia; SCHABAS, William A. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Fagnano Alto, AQ: Editrice il Sirente, 1999, pp. 21-50.

¹³ O Regulamento 2000/11 (A.T.N.U.T.O.) promulgado em 6 de março de 2000 pelo representante onusiano Sérgio Vieira de Mello criara as câmaras especiais para crimes graves do Timor-Leste, vinculadas à Corte de Dili. Lei cambojana de 10 de agosto de 2001 cria câmaras extraordinárias internas para julgar crimes ocorridos no período do Kampuchea democrático, posteriormente adaptada por aprovação em outubro de 2004 de acordo de cooperação com as Nações Unidas, celebrado em 17 de junho de 2003 e em vigor a partir de 29 de abril de 2005. Em 16 de janeiro de 2002 foi assinado acordo entre as Nações Unidas e o governo serra-leonês para a criação da Corte Especial para Serra Leoa. Sobre os tribunais de Kosovo e Bósnia-Herzegovina ver nota 16.

revelaram demasiadamente onerosos¹⁴. Adicionalmente, o princípio da complementaridade do Estatuto de Roma, os movimentos de “justiça de transição”¹⁵ e a própria experiência desses dois tribunais apontavam para a valorização de formas domésticas de justiça, a repensar a primazia da jurisdição internacional sobre a qual foram fundados¹⁶.

O ideal da justiça local frente a crimes internacionais, contudo, enfrenta um empecilho natural, que é justamente o fato de as demandas internacionais por justiça existirem devido à incapacidade estrutural ou política de os Estados a realizarem. Portanto, a internacionalização dessas jurisdições especiais depende das realidades concretas a serem enfrentadas em cada país. Adaptadas caso a caso, essas jurisdições não se repetem, mas podem ser agrupadas por nível de internacionalização, a distinguir a natureza dos atos constitutivos dos tribunais, sua composição e o direito por eles aplicáveis¹⁷.

A constituição dos tribunais tem sido feita mediante tratado das Nações Unidas com os Estados, como é o caso da Corte Especial para Serra Leoa, ou por ato unilateral de representante especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, a exemplo do Timor-Leste. As composições dos tribunais variam quanto à predominância de juízes internacionais em comparação aos juízes locais, mas todos possuem mais de um juiz ligado ao Estado onde os fatos criminosos ocorreram. A desconfiança sobre a imparcialidade do nacional para julgar seus pares por um crime internacional cede espaço para a valorização do juiz natural, que é igualmente endossada pelo princípio da complementaridade do TPI. O mais internacionalizado desses tribunais é o da Serra Leoa, que para a primeira instância nomeia um juiz e para a segunda instância nomeia dois juízes, enquanto a Secretaria-Geral das Nações Unidas nomeia dois para a primeira e três para a segunda instância. O direito aplicado pode ser o direito interno, como é o caso de Kosovo, a excluir o que contraria padrões internacionais de direitos humanos, ou ser majoritariamente o direito internacional, com admissão de alguns tipos penais internos, como é o de Serra Leoa.

Os tribunais internacionalizados, como os de Serra Leoa, Bósnia-Herzegovina, Kosovo, Camboja e Timor-Leste, servirão para o TPI, por exemplo, para mensurar o uso do direito interno como fonte¹⁸ e a definir relacionamentos da justiça internacional penal e a interna¹⁹. O

¹⁴ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. “Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo”, *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 1-58; MARTINEAU, Anne-Cherlotte. *Les Juridictions pénales internationalisées : un nouveau modèle de justice hybride ?* Paris: Editions Pedone, 2007.

¹⁵ TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000; ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; DRUMBL, Mark A. *Atrocity, Punishment, and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹⁶ Dois tribunais internacionalizados foram criados no território da Ex-Iugoslávia, um para o Kosovo e outro para a Bósnia-Herzegovina, em parte porque o TPIY. tomou a decisão de julgar somente os principais autores e de preparar a finalização de seus trabalhos. A administração das Nações Unidas em Kosovo gradativamente iniciou experiência de utilizar juízes e procuradores estrangeiros e internacionalizar casos (ver regulamentos da missão das Nações Unidas no Kosovo – M.I.N.U.K. – números 2000/6, 2000/34, 2000/64 e 2001/1). Já na Bósnia-Herzegovina, que desde o acordo de Roma de 18 de fevereiro de 1996 vinha julgando subalternos sob aval da procuradoria do TPIY., aumenta suas funções ao criar câmara especial para crimes de guerra em Sarajevo, em 6 de janeiro de 2005. Essa câmara fora consentida pelo TPIY., pelo Conselho de Segurança (res. 1503/2003 e 1534/2004) e por acordo de 1º de dezembro de 2004 entre o Alto-representante das Nações Unidas local e o governo de Bósnia-Herzegovina.

¹⁷ KOLB, Robert. «Le degré d’internationalisation des Tribunaux pénaux internationalisés». In ASCENSIO Hervé, LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth, SOREL Jean-Marc (sous la direction de). *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*. Paris : Société de législation comparée, 2006, pp. 47-68.

¹⁸ Art. 21, §1º, c, do Estatuto de Roma.

¹⁹ Como afirmou Garapon “Ce parcours à travers la justice pénale internationale nous a entraîné dans un bien curieux voyage : en partant du crime de guerre, il nous a rapproché des violences civiles ; en partant de l’international, il

juízo somente de casos graves, dos grandes responsáveis por crimes internacionais, caracteriza o TPI como dedicado à macrocriminalidade política e, portanto, exige-lhe sensibilidade para detectar os “interesses da justiça” internacional²⁰. Para tanto, a convivência com outras formas de justiça, como as comissões de verdade e reconciliação existentes no Timor-Leste e em Serra Leoa, precisam ser assimiladas e valorizadas reciprocamente, o que tornam as jurisdições internacionalizadas um balão de ensaio para o TPI²¹.

B. Do julgamento internacional do “terrorismo” e o Tribunal Especial para o Líbano

Outra limitação do Estatuto de Roma diz respeito à sua competência material, que é reduzida aos crimes de guerra, aos crimes contra a humanidade, ao crime de genocídio e ao crime de agressão²². O rol de propostos tipos penais internacionais, entretanto, é vasto na história do

nous a ramené vers la politique intérieure ; en partant d’une option pénale, il nous a sensibilisé à une perspective reconstructive ; en partant du droit, il nous a rappelé à la politique ; parti de l’universalité de la loi, il nous a vanté la nécessité d’une fonction ; en partant de l’idée d’une justice en surplomb, il a montré ses préférences pour une référence triangulatrice ; en partant de l’idée abstraite d’humanité, il nous a rapatrié vers la nécessité concrète de vivre bien ensemble » (GARAPON, Antoine. *Des Crimes qu’on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris : Editions Odile Jacob, 2002, p. 343).

²⁰ O art. 53 do Estatuto de Roma determina que para a abertura do inquérito o procurador considere, entre outros fatores, se este servirá aos interesses da justiça, a considerar a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime.

²¹ STAHN, Carsten. “Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor”, *The American Journal of International Law*, vol. 95, n° 4, Out. 2001, pp. 952-966; ĐUKIĆ, Dražan. “Transitional justice and the International Criminal Court in “the interests of justice”?”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, set. 2007, pp. 691-718; DRUMBL, Mark A. “Toward a Criminology of International Crime”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, n° 1, 2003, pp. 263-282.

²² A Conferência de Revisão de Campala, ocorrida entre os dias 31 de maio e 11 de junho de 2010, emendou o Estatuto de Roma e tipificou o crime de agressão na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Essa tipificação foi produto entre os que pretendiam com engenharia legislativa manter a independência do TPI e os que defendiam o poder de o Conselho de Segurança controlar o TPI nessa matéria. Na frente da batalha jurídica, escolhia-se entre regradar a emenda pelo §4º ou pelo §5º do art. 121 do Estatuto de Roma. Em outros termos, disputava-se entre as opções de as regras que condicionam o exercício da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão entrarem em vigor (art. 121, §4º) após ratificação destas por 7/8 dos Estados Membros com extensão automática da jurisdição ao 1/8 restante, ou (art. 121, §5º) após cada ratificação, excluindo os que não a ratificassem. Por trás dessa discussão técnica, estavam os que defendiam a prevalência do Conselho de Segurança em autorizar ou impedir o exercício da jurisdição do TPI e, igualmente, os que o condicionavam ao consentimento do Estado agressor. A Conferência de Campala optou por incluir todas as emendas sobre o crime de agressão (inclusive o art. 15 bis e ter), e não somente o tipo penal (art. 8 bis), na opção do art. 121, §5º, o que permitiu dar guarida à possibilidade de um Estado parte não aceitar essa emenda e de um Estado não Parte não ser objeto de julgamento pelo TPI. Ademais, condicionou a entrada em vigor da emenda a um ano após trinta ratificações e a decisão a ser tomada em conferência de Estados Partes a partir de 2017. A emenda permite o envio de um caso não somente pelo Conselho de Segurança, mas também pelo Estado Parte e pelo promotor, sendo que os filtros externos ao TPI não foram consagrados. Se há uma resolução do Conselho de Segurança constatando o ato de agressão, o procurador pode investigar. Se não houver essa resolução em seis meses após notificação do procurador, ele pode investigar após permissão da Câmara de instrução. Entendo que uma exótica resolução desqualificando o ato como agressão não impedirá a ação do promotor. Contudo, se a emenda do crime de agressão não ampliou os poderes do Conselho de Segurança além do já existente poder de suspender um processo (art. 16 do ER), ela de certa maneira admitiu a exigência do consentimento do Estado agressor como pré-requisito ao exercício jurisdicional. Primeiro, porque um Estado Parte do Estatuto de Roma pode não fazer uma declaração de aceitação dessa competência e, assim, deixar seus nacionais imunes à jurisdição do TPI

direito internacional penal, especialmente porque associado à competência extraterritorial dos Estados, a exemplo da pirataria e do tráfico de pessoas²³. Sem adentrar na reconstrução da idéia de crime internacional, importa ressaltar que alguns crimes existentes em tratados internacionais não foram incluídos no Estatuto, como é o caso do crime de terrorismo e do crime de tráfico internacional de entorpecentes. Entre outras razões, eles não foram inclusos no Estatuto para não sobrecarregarem a competência do TPI, por serem de definição controversa no direito internacional e por serem condutas melhor reprimidas pela cooperação interestatal²⁴.

Quanto ao crime de terrorismo especificadamente, contudo, há que se reconhecer que sua inclusão em projetos de jurisdição penal internacional é antiga e foi amplamente defendida no período entre guerras. Muitos doutrinadores colaboraram para o desenvolvimento do direito internacional penal nesse período, individualmente, como Vespasien Pella²⁵, Politis²⁶, Calloyani²⁷, Saldaña²⁸, Donnedieu de Vabres²⁹, ou coletivamente, como os projetos de 1920 da Comissão de juristas da Haia ou da *International Law Association*. Entretanto, o que provocou a discussão sobre a repressão do terrorismo na Sociedade das Nações foram os assassinatos do rei Alexandre I da Iugoslávia e do chanceler francês Louis Barthou, entre outros, no tumultuado 9 de outubro de 1934 em Marselha, devido a fogo cruzado gerado por atentado de um membro de organização nacionalista macedônica³⁰. Diante esse fato, a Iugoslávia³¹ aciona a Sociedade das Nações, que acaba por gerar caso contra a Hungria por possível apoio aos mentores do atentado, que incluiria a Oustacha³². O complicado cenário que antecedia a Segunda Guerra Mundial tornava difícil atribuir responsabilidades a um só lado, mas o que surpreendeu não foi o engenho diplomático da resolução da Sociedade das Nações, mas sim seu item IV, que indicava a

(art. 15 bis, §6), como França e Reino Unido já se manifestaram nesse sentido em Campala. Segundo, porque o TPI não tem competência sobre o crime de agressão cometido por nacionais ou no território dos Estados não Partes do Estatuto de Roma, a exemplo de Rússia, Estados Unidos, China e Israel (art. 15 bis, §5). Esses pontos tornam a ratificação dessa emenda sobre o crime de agressão indesejável, já que um Estado aderente pode ser atacado, em seu território, e o TPI não ter competência em matéria de agressão, ao contrário do que ocorreria em caso de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Como positivo, temos a histórica tipificação do crime de agressão, que traz ao mundo penal o conceito ínsito na resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU, de 1974. Genericamente, é o emprego por um Estado Parte de suas forças armadas para atentar a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado. Esse conceito inclui o envio a outro Estado de grupos privados, irregulares ou de mercenários para cumprir o ato de agressão; e exclui formas modernas de interpretar abusivamente a Carta da ONU, a fim de justificar a ingerência em outro país.

²³ DUMAS, Jacques. “Y a-t-il des crimes internationaux?”, *Revue de Droit International e de Législation Comparée*, n° 4, 1932, pp. 721-41.

²⁴ HEBEL, Herman von; ROBINSON, Darryl. “Crimes within the Jurisdiction of the Court”. In LEE, Roy. *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*. Loc. Cit., p. 81.

²⁵ PELLA, Vespasien. *Projet de statut d'une cour de justice criminelle internationale, précédé d'une introduction de M. le conseiller Megalos A. Caloyanni et du rapport de M. Vespasien V. Pella*. Paris : Librairie des Juris-classeurs / Editions Godde, 1928(?); PELLA, Vespasien. *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*. Madrid: Aguilar, 1931.

²⁶ POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris : Librairie Hachette, 1924.

²⁷ CALOYANNI, Mégalos A. “La Justice Pénale Internationale”, *Revue Pénitentiaire de Pologne*, vol. IV, n°s 3/8, 1929.

²⁸ SALDAÑA, Quintiliano. « *La Justice Pénale Internationale* », Recueil des cours, vol. 10, 1925-V.

²⁹ VABRES, Donnedieu de. *Introduction à l'étude du droit pénal international*. Paris : Sirey, 1922; VABRES, Donnedieu de. « La Cour permanente de Justice Internationale et sa vocation en matière criminelle », *Revue internationale de droit pénal*, n°s 3-4, 1924, pp. 175-201.

³⁰ Morto igualmente, Veličko Kerin pertencia a uma organização revolucionária macedônica (VMRO - Vansna Makedonska Revolucionarna Organizacija).

³¹ Lançou mão do art. 11, segundo parágrafo, do Tratado de Versalhes de 1919.

³² Partido croata dos direitos, que se radicalizara (*Ustasa Hrvatska Revolucionarna Organizacija*).

elaboração de projetos de convenção internacional contra o terrorismo e de tribunal penal internacional para julgá-lo³³. Adotados em 16 de novembro de 1937, esses instrumentos nunca entrariam em vigor, porém importa registrar que como ato terrorista a convenção considerava os atentados contra os chefes de Estado, seus próximos e equivalentes, bem como a destruição de bens públicos e atos que colocavam em perigo geral vidas humanas³⁴.

É exatamente essa tradição que é resgatada pelo Tribunal Especial para o Líbano, criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas pela resolução 1664, de 29 de março de 2006. Segundo seu estatuto (art. 1º), esse tribunal tem competência para julgar responsáveis pelos “crimes terroristas” que provocaram a morte do antigo primeiro-ministro libanês Rafic Hariri e de outras pessoas, ou feridos, entre 1º de outubro de 2004 e 12 de dezembro de 2005, ou data posterior a acordar, se for o caso. A comparar todas as demais jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas, muitos afirmariam que o Tribunal Especial para o Líbano possui competência material heterodoxa. O direito aplicado é interno, especificadamente, o código penal libanês, no que se refere ao crime de terrorismo, de crimes e delitos contra a vida e a integridade física das pessoas, de associação ilícita, entre outras normas, bem como os arts. 6 e 7 da lei libanesa do 11 de janeiro de 1958, que agrava penas para a sedição, a guerra civil e a luta confessional. Não se trata de aplicar leis de incorporação de tratados internacionais, sequer parcialmente, como ocorre em outros tribunais internacionalizados. Apesar de cogitados por relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre esse tribunal, de 15 de novembro de 2006, os crimes contra a humanidade não foram incluídos na sua competência, pré-qualificando os fatos lá ocorridos, já que os assassinatos levados a termo no Líbano poderiam ser considerados como parte de ataque sistemático ou generalizado contra a população civil, um tipo consagrado de crime contra a humanidade. Contrariamente, a tipificação libanesa de terrorismo e os demais tipos penais mencionados não fazem nenhuma referência ao direito internacional³⁵.

O Tribunal Especial para o Líbano é internacionalizado por seu ato constitutivo, um acordo do Estado com as Nações Unidas, pela composição do tribunal, que envolve juízes e procurador internacionais, mas o conteúdo internacional do direito aplicado diz respeito a garantias penais³⁶, não à competência material. Entretanto, a menção ao terrorismo na constituição desse tribunal não somente resgata a mencionada iniciativa da década de 30 do séc. XX, mas abre precedente para a inclusão do crime de terrorismo no Estatuto de Roma, embora não tenha sido sequer discutida na Conferência de Revisão de Campala de 2010. A inserção na competência material do Estatuto de Roma do crime de terrorismo, apesar de não contar com espaço na agenda atual e dos próximos anos, não terá precisamente no Estatuto do Tribunal Especial do Líbano um porto seguro para superar as profundas divergências de seus termos conceituais³⁷.

³³ EUSTATHIADES, « La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des Etats », *Revue générale de droit international public*, 1936, t. 43, n^{os} 1-6, pp. 385-411.

³⁴ KOVACS Peter. « Le grand précédent: la Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre, roi de Yougoslavie », *European Integration Studies*, n. 1, 2002, pp. 30-40.

³⁵ O art. 314 do código penal libanês considera atos de terrorismo todos os fatos cujo objetivo é criar estado de alerta, que teriam sido cometidos por meios suscetíveis de produzir perigo comum, como agentes explosivos, materiais inflamáveis, produtos tóxicos ou corrosivos, agentes infecciosos ou microbianos.

³⁶ Por exemplo, não serão aplicadas penas de trabalhos forçados e de morte previstas no direito libanês.

³⁷ A principal dificuldade em definir o crime de terrorismo tem sido as lutas de libertação e a potencialidade de politizar o TPI. Mesmo assim, muitos o consideram um crime internacional: ARMSTRONG, David; FARREL, Theo; LAMBERT, Hélène. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.190-1.

II. Para além do Estatuto de Roma

O Estatuto de Roma é um instrumento internacional dinâmico, pois criou mais que um tribunal, fundou uma organização intergovernamental. Uma de suas características é a de que sua reforma ou emenda é capitaneada pela Assembleia dos Estados Partes ou por Conferência de Revisão, para as quais o Estatuto dota o sistema com ampla gama de procedimentos³⁸. Essa abertura torna o Estatuto apto a absorver tendências das demais instituições, como as sobre temas aqui escolhidos: a obediência à ordem superior e a anistia.

A. Da ordem superior como mitigação da pena

O patamar jurídico do Estatuto de Roma representou largo consenso em 1998, a considerar os tratados pré-existentes, o *ius cogens* e as obrigações *erga omnes*. Contudo, à parte o direito posto, houve admissão de fórmulas novas. Entre elas, algumas não representaram evolução do direito internacional, como é o caso do tema da obediência hierárquica.

O art. 33, § 2º, do Estatuto de Roma, pressupõe que toda decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal, porém não confere o mesmo tratamento aos crimes de guerra. Se a decisão de cometer crime de guerra não for manifestamente ilegal e o acusado não tiver conhecimento de sua ilegalidade, ele pode ser isento de responsabilidade penal por obedecer a decisões governamentais ou de superior hierárquico aos quais por lei estivesse obrigado a obedecer³⁹.

O artigo 33 foi apontado como sendo de inspiração francesa⁴⁰, porém o bloco formado por Canadá e Estados Unidos foi decisivo para viabilizar sua aprovação, principalmente mediante colaboração do professor Theodor Meron⁴¹. A razão de o §2º, do art. 33, não presumir os crimes de guerra como manifestamente ilegais e lhe conferir tratamento distinto ao dos demais crimes internacionais não é evidente. Primeiro, os crimes de guerra compõem os tipos penais internacionais mais antigos, como os projetos que sucederam à Convenção de Genebra de 1864 o comprovam, sendo em tese mais manifesta a ilegalidade da decisão de cometê-los. Segundo, porque a competência do TPI dar-se-á em particular quando esses crimes sejam cometidos como parte de plano ou política ou em grande escala⁴², em que pese o fato dessa condição não ser obrigatória. Em tese, se comparado aos crimes contra a humanidade, essa cláusula não taxativa poderia justificar o tratamento diferenciado deferido aos crimes de guerra em matéria de obediência a ordens superiores, já que aqueles são caracterizados pelo Estatuto⁴³ sempre quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento desse ataque. Entretanto, se de um lado o crime de genocídio igualmente não requer condição similar à posta para crimes contra a humanidade, de outro lado todos os casos a serem analisados pelo TPI serão de gravidade equivalente, pois uma das regras de triagem de

³⁸ Ver arts. 121-3 do Estatuto de Roma.

³⁹ Art. 33, §1º, do Estatuto de Roma.

⁴⁰ BOURDON, William. *La Cour Pénale Internationale*. Paris : Éditions du Seuil, 2000, p. 131.

⁴¹ DUFOUR, Geneviève. *Loc. Cit.*, p. 987.

⁴² Art. 8º, §1º, do Estatuto de Roma.

⁴³ Art. 7º, §1º, do Estatuto de Roma.

casos é a exigência destes serem de suficiente gravidade⁴⁴. Essa última característica pode ser acentuada pelo fato de a tipificação de alguns crimes de guerra ser semelhante a de certos crimes contra a humanidade⁴⁵. Por fim, a diferenciação de tratamento aos crimes de guerra dada pelo Estatuto de Roma aqui analisada retrocede *a priori* o disposto pelos tribunais penais internacionais *ad hoc* precedentes ao TPI, como veremos.

Do ponto de vista histórico, importa reconhecer que o tratado sobre o uso de submarinos e gases nocivos em guerra de 1922 não entra em vigor em razão de a França rejeitar cláusula que não admite a defesa das ordens superiores. Adicionalmente, nada consta a respeito da obediência hierárquica nas Convenções de Genebra de 1949, nem em seus Protocolos Adicionais de 1977, instrumentos guias em matéria de definição de crimes de guerra. No entanto, o art. 8º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg determina que o fato de o acusado agir em conformidade com instruções de seu governo ou de superior hierárquico não o isenta de culpa, mas poderá ser considerado como motivo para diminuição de pena. Já o quarto princípio de Nuremberg, consagrado pela Resolução 95(I), de 1946, da Assembleia Geral das Nações Unidas, dispõe que o fato de ter agido sob ordem de um governo ou de superior hierárquico, não isenta a responsabilidade do autor conferida pelo direito internacional se este teve moralmente a faculdade de escolher⁴⁶.

Posteriormente, os Estatutos do TPIY e do TPIR⁴⁷ dispõem que o fato de o acusado ter atuado em cumprimento de uma ordem oriunda de um governo ou superior não o eximirá de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como circunstância atenuante se o Tribunal determinar que assim exija a equidade. No caso Erdemovic⁴⁸, do TPIY, foi decidido que para a ordem superior servir como atenuante deve haver influência sobre o comportamento ilegal, não incidindo se o acusado estava predisposto a executá-la. Portanto, é preciso examinar se o acusado estava em condições de resistir, se possuía escolha moral de fazê-lo ou tentar fazê-lo⁴⁹.

Os tribunais internacionais especiais que sucederam o Estatuto de Roma também não repetem o modelo do TPI. A Corte Especial para Serra Leoa⁵⁰, as câmaras especiais da Bósnia-Herzegovina⁵¹ e o Tribunal Especial para o Líbano⁵² não isentam os acusados de sua responsabilidade penal por obedecerem a ordens superiores, mas admitem a mitigação da pena nesses casos. Já as câmaras extraordinárias do Camboja⁵³ optam simplesmente por não isentar de responsabilidade penal o acusado que agiu sob ordens do governo democrático de Kampuchea.

Todos esses exemplos seguiram a linha criada pelo tribunal militar internacional de Nuremberg, que fora concebido para os grandes responsáveis pelos crimes de guerra, o que torna

⁴⁴ Art. 7º, §1º, *d*, do Estatuto de Roma.

⁴⁵ Por exemplo, os crimes de índole sexual (arts. 7, §1º, *g*; 8, §2º, *b*, *xxii*, e 8, §2º, *e*, *vi*, do Estatuto de Roma).

⁴⁶ DUFOUR, Geneviève. La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment?, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, december 2000, vol. 82, n° 840, pp. 970-979.

⁴⁷ Art. 7, §4º, do Estatuto do TPIY. e art. 6, §4º, do TPIR.

⁴⁸ TPIY, procurador *c/ Drazen Erdemovic*, primeira instância, sentença de 29 de novembro de 1996, § 19.

⁴⁹ Sobre jurisprudência anterior acerca da mitigação da pena por obediência hierárquica, ver os casos julgados na Suprema Corte de Leipzig de *Empire c. Dithmar and Boldt* ("Llandovery Castle") e *c. Karl Neumann* ("Dover Castle"), de 1921; e o caso Peleus, julgado em Hamburgo pela *British Military Court for the Trial of war criminals held at the War Criminals Court*, em outubro de 1945.

⁵⁰ Art. 6, §4º, do Estatuto da Corte Especial para Serra Leoa.

⁵¹ Art. 180, §3º, do Código penal da Bósnia-Herzegovina.

⁵² Art. 3, §3º, do acordo entre as Nações Unidas e a República libanesa sobre o estabelecimento de Tribunal Especial para o Líbano, S/RES/1757 (2007).

⁵³ Art. 29 da Lei sobre o estabelecimento das câmaras extraordinárias, com as emendas promulgadas em 27 de outubro de 2004 (NS/RKM/1004/006).

improcedente ou enfraquecida a defesa por obediência hierárquica, já que os acusados eram em grande medida superiores e não subordinados. O fato de o TPI somente estar apto a julgar casos de suficiente gravidade não o coloca em posição distinta de todos esses exemplos para justificar o supramencionado art. 33, §2⁵⁴. Espera-se, portanto, que a jurisprudência do TPI parta do pressuposto geral que os crimes de guerra sejam manifestamente ilegais e, excepcionalmente, admita defesa para atenuar a pena, sem a confundir com a coação irresistível, quando ao subordinado não era possível negar a cumprir a ordem⁵⁵.

B. Da vedação da anistia para crimes internacionais

A anistia tem sido vista sob dois ângulos antagônicos pelo direito internacional penal. Primeiro, ela favoreceria a reconciliação nacional e a manutenção da paz, especialmente após conflitos ou regimes autoritários internos. Nesse sentido, o art. 6º, §5º, do Protocolo Adicional II, de 1977, sobre conflitos armados de caráter não-internacional determina: “Ao cessarem as hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito armado ou que se encontrem privadas de liberdade, internadas ou detidas, por motivos relacionados com o conflito armado.”

A recomendação do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 não é, contudo, absoluta. Essa possibilidade de anistia é a “mais ampla possível”, pois não é total e irrestrita. Ao estabelecê-la, os Estados devem se prender a formas fundadas em princípios e, mesmo assim, em geral não possuem efeitos extraterritoriais, nem comprometem obrigações convencionais ou consuetudinárias de reprimir crimes de guerra⁵⁶. Por exemplo, poderia ser concedida anistia a pessoas que seriam condenadas por atentarem a segurança nacional pelo simples fato de terem participado de conflito armado interno⁵⁷ ou terem se manifestado contra regime autoritário. Nesse espírito, a Divisão jurídica do Comitê Internacional da Cruz Vermelha enviou uma carta ao Procurador do TPIY, de 24 de novembro de 1995, pela qual ela interpreta o referido artigo somente como a possibilidade de aplicar a “imunidade do combatente” nos conflitos armados não internacionais. Em outras palavras, seria conveniente, sobretudo, anistiar os membros de grupos armados organizados que participaram de um conflito interno e por esse único motivo ou por crimes de menor potencial foram incriminados.

Inversamente, os responsáveis por crimes internacionais não são protegidos, o que é assente na ordem internacional inclusive antes da elaboração dos Protocolos de 1977. Por exemplo, a resolução 3074 (XXVIII)⁵⁸ da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1973, definiu como princípio de cooperação penal internacional que crimes de guerra ou contra a

⁵⁴ Contra: MCCOUBREY, Hilaire. “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, nº 2, Abr. 2001, pp. 386 -394.

⁵⁵ Na discussão sobre a obediência devida há confusões em relação à coação irresistível, necessidade militar, erro de fato ou de direito. Sobre coação irresistível, confunde-se ordem superior com coação. Evidentemente, se houver ordem manifestamente ilegal recusada pelo subordinado e ocorrer por parte do superior ameaça à sua vida ou à sua integridade, está-se diante situação de coação irresistível. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 241; AMBOS, Kai. *Nuevo Derecho Penal Internacional*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, p. 400-401.

⁵⁶ NAQVI, Yasmin. “Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition”, *Revue Internationale de La Croix-Rouge*, Set. 2003, vol. 85, nº 851, p.588.

⁵⁷ NAQVI, Yasmin. Op. cit., p. 604.

⁵⁸ Definiu princípios para detenção, prisão, extradição e punição de pessoas responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

humanidade, sejam onde forem cometidos, devem ser investigados, e as pessoas contra as quais recaiam provas de serem responsáveis por tais condutas devem ser localizadas, presas, julgadas e, se culpadas, condenadas. Portanto, mesmo se o Conselho de Segurança das Nações Unidas desejar, em nome da paz e segurança internacionais, sustentar política interna de anistia, este não pode para tal contrariar os objetivos e princípios ínsitos na Carta da ONU e no direito internacional⁵⁹, como o de reprimir os criminosos internacionais.

O segundo ângulo visto pelo direito internacional é justamente o de que a anistia é um mecanismo de impunidade⁶⁰. Neste prisma, as instituições regionais de direitos humanos têm reiteradas vezes declarado como nulas as leis de anistia para responsáveis por violações graves aos direitos humanos⁶¹. Somente para ficarmos com o sistema interamericano, importa citar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), ainda que não seja um tribunal penal e tenha por função a atribuição de responsabilidade internacional do Estado, tem desconsiderado a anistia e declarado a obrigação de investigar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos, especialmente quando estas são graves⁶². No caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, a CorteIDH associa as violações graves de direitos humanos ao crime contra a humanidade e declara que os Estados não podem se abster de investigar, buscar e reprimir os responsáveis por crimes contra a humanidade, incluindo o genocídio, mediante edição de anistias ou outro tipo de norma interna. De acordo com a CorteIDH, anistiar os responsáveis de crimes contra a humanidade é incompatível com a CADH⁶³.

Quanto ao Estatuto de Roma, não há menções sobre anistias. Ressalta-se que a Conferência de Roma de 1998 recusou proposta da Bélgica e de Portugal, que propunham expressamente recusar a graça, embora algumas traduções apontassem que se tratava de anistias⁶⁴. De qualquer maneira, as anistias não teriam o condão de evitar *tout court* processos frente ao TPI. De acordo com o art. 17 do Estatuto podemos concluir que elas não evitariam processos se o Estado autor da anistia a tenha promulgado sem anteriormente investigar e processar os responsáveis ou o tenha feito somente para falsear a justiça. Em nome desse princípio de complementaridade do TPI às jurisdições internas, o Estado é obrigado ao menos a investigar e reparar para obter justiça, o que poderia legitimar certos processos de anistia como o

⁵⁹ NAQVI, Yasmin. Op. cit., p. 591.

⁶⁰ SADAT, Leila Nadya. “Exile, Amnesty and International Law”, *The Notre Dame Law Review*, vol. 81, n° 3, 2006, pp. 955-1036.

⁶¹ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 313; RAMÍREZ, Sergio García. *La Jurisdicción Internacional: derechos humanos y la justicia penal*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 258-267.

⁶² Entre outros, ver CorteIDH, *Barrios Altos c. Peru*, 14 de março de 2001, §41, e 3 de setembro de 2001, §§17-18; *Bulacio c. Argentina*, 18 de setembro de 2003, §116; CorteIDH, *Blanco Romero y otros c. Venezuela*, 28 de novembro de 2005, §98.

⁶³ CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26 de setembro de 2006, §§114-116, 171 – ponto resolutivo 3; CorteIDH, *La Cantuta c. Peru*, 29 de novembro de 2006, §§168-169.

⁶⁴ A versão francesa de proposta de artigo 19 permitia ao TPI receber um caso se « une décision manifestement non fondée concernant la suspension de l’application d’une peine ou une grâce, une libération conditionnelle ou une commutation de peine exclut l’application de tout type de peine approprié » (doc. A/conf. 183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 46), e na inglesa, se “a manifestly unfounded decision on the suspension of the enforcement of a sentence or on a pardon, a parole or a commutation of the sentence excludes the application of any appropriate form of penalty” (Doc. A/conf. 183/2/Add.1, de 14 de abril de 1998, p. 46). Entretanto, se a versão francesa desse documento menciona a *grâce* e a inglesa o *pardon*, a versão espanhola os traduz por *amnistía*. As versões francesa e inglesa são mais precisas no que diz respeito ao objetivo do artigo 19 não aprovado, pois é a graça que dispensa um condenado da aplicação de sua pena, e não a anistia, que faz desaparecer a condenação. De qualquer forma, o Estatuto do TPI não menciona nem a graça, nem a anistia, o que engendra certa ambigüidade.

levado a termo pela África do Sul⁶⁵, que é consequência de processo de investigação e de confissão pública de crimes. Para isso, entretanto, é necessário compreender a justiça em sentido amplo e apostar em política compreensiva do procurador do TPI, que pode deixar de denunciar se não for do interesse da justiça⁶⁶. Entretanto, essa postura de não denunciar do procurador tem limites, quando as situações envolverem violações graves, como a tortura. O Tribunal penal internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIY), por exemplo, estimou que a tortura tornou-se uma norma imperativa ou *jus cogens* e que « ... seria absurdo afirmar, de uma parte, que visto o valor do *jus cogens* de interdição da tortura, os tratados ou regras costumeiras que prevejam a tortura sejam nulos e não válidos *ab initio* e, de outra parte, deixar que os Estados tomem medidas nacionais autorizando ou tolerando a prática da tortura ou anistiando seus autores»⁶⁷.

Também deve ser ressaltado que o recente Estatuto da Corte Especial para Serra Leoa (TSSL)⁶⁸, em seu art. 10, não reconhece anistia para crimes contra a humanidade, violações ao art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 e ao seu Protocolo Adicional II de 1977, e outras violações graves ao direito internacional humanitário. Os termos do artigo 10 do Estatuto do TSSL são emblemáticos, primeiro, porque a competência dos artigos 2 a 4 do Estatuto inclui os crimes contra a humanidade e as violações graves do direito internacional humanitário cometidos durante os conflitos armados não internacionais, incluindo as violações graves ao Protocolo II de 1977, que permite a anistia limitada no seu artigo 6 (5), nos termos que nós já analisamos. Portanto, o artigo 10 reforça a interpretação que o artigo 6(5) não permite a anistia às violações graves do direito internacional humanitário. Segundo, o Estatuto do TSSL foi criado por um acordo entre as Nações Unidas e o Governo serra-leonês, conforme a resolução 1315 (2000) do Conselho de Segurança, e expressamente recusou, em relação aos crimes de competência do TSSL, a anistia prevista no artigo IX do acordo de paz de Lomé entre o Governo e o Front revolucionário unido serra-leonês, de 7 de julho de 1999. Assim, a graça e a anistia em nome da reconciliação nacional não podem beneficiar os responsáveis pelos crimes contra a humanidade e as ofensas graves do direito internacional humanitário. Terceiro, o artigo 10 do Estatuto do TSSL permite a anistia aos responsáveis pelos crimes previstos em seu artigo 5, que são os crimes referentes ao direito interno serra-leonês e fazem parte da competência do T.S.S.L.⁶⁹.

Por fim, importa ressaltar que o art. 11 do Acordo entre as Nações Unidas e o Camboja estabeleceu que o Governo real cambojano não solicitará a anistia nem a graça de ninguém passível de investigação ou reconhecido como culpado em razão de crimes considerados nesse

⁶⁵ ZYL, Paul van. Dilemmas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission, *Journal of International Affairs*, New York, Spring 1999, 52, n° 2, p. 647-667.

⁶⁶ CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal Law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 131-2.

⁶⁷ TPIY., *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 10 décembre 1998 n° IT-95-17/1-T, §155.

⁶⁸ MEISENBERG, Simon. "Legality of amnesties in international humanitarian law: the Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, dez. 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851.

⁶⁹ A jurisprudência do TSSL consolida a perspectiva pela qual o acordo de Lomé não é um instrumento de direito internacional, mesmo se ele representa uma situação factual de restauração da paz observada pelo Conselho de Segurança e que sua violação conduza este a agir sob o capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Além disso, esse acordo não gera efeitos quanto à possibilidade de julgamento de crimes contra o direito internacional submetidos à jurisdição universal, nem ele é capaz de privar o TSSL de exercer sua competência insita nos artigos 2 ao 4 de seu Estatuto. O Estado não pode pretender introduzir no esquecimento geral o que outros Estados devem julgar devido a uma obrigação *erga omnes* de proteger a dignidade humana, que é uma norma imperativa (Chambre d'appel, 13 de março de 2004, *Procurador c. M. KALLON* (n° SCSL-2004-15-AR72(E)) e *B. B. KAMARA* (n° SCSL-2004-16-AR72(E)), Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, §§42, 67, 71, 86 e 88).

Acordo, referente à criação das Câmaras extraordinárias no seio dos tribunais cambojanos (CETC) para julgar os crimes do Khmer vermelho. Entretanto, distintamente do art. 10 do Estatuto do TSSL, esse Acordo confere competência às Câmaras extraordinárias para decidir sobre o âmbito de aplicação das anistias ou graças, que puderem ser acordadas antes da entrada em vigor das leis cambojanas que as estabeleceram. Apesar disso, no caso contra Sary IENG, as CETC estimaram que nem a graça nem a anistia são suscetíveis de constituir, atualmente, entraves a processos frente as CETC pertinentes a crimes internacionais contra ele atribuídos⁷⁰.

Os tribunais penais internacionalizados, como o TSSL e as CETC, fornecem um dado conciliador entre as duas posições antagônicas sobre a anistia. O TPI poderia tolerar processos investigativos que resultem em anistias, mas não para os grandes responsáveis pelos crimes internacionais. Estes devem ser julgados e condenados, sempre conferindo papel de destaque às vítimas⁷¹. Para tratar melhor desse assunto, há quem proponha protocolo adicional ao Estatuto de Roma⁷², porém, sem desprezar a iniciativa, cremos que o Estatuto possui as bases para evoluir sua jurisprudência sobre o tema das anistias.

Considerações finais: o caso Darfur

O direito internacional penal poderia ser acusado de ser somente aplicado após as guerras, os regimes autoritários e genocidas, sem condições de uso imediato, e assim ter diminuídas as funções do regime penal de interromper crimes e prevenir outros. Se a ciência penal é crítica sobre as potencialidades da função preventiva da pena, que evitariam a comissão de crimes pelo próprio acusado ou por terceiros, no caso dos crimes de massa a interrupção do curso criminoso deve ser vista sob outra perspectiva. De um lado, o próprio condenado internacional raramente reincidirá no seu crime, pois para isso necessitaria de poder político ou funcional do qual possivelmente não disporá. Porém, de outro lado, a prevenção de atrocidades a serem cometidas por terceiros não nos é garantida em grau satisfatório. Afirmamos isso não somente em razão da impossibilidade lógica da prevenção geral absoluta, mas porque mesmo a prevenção possível encontra obstáculos na atual estrutura da justiça penal internacional e das relações internacionais. Pensamos, sobretudo, na dificuldade de impor justiça a potências hegemônicas e os propósitos limitados de justiça autônoma, não geminada com funções executivas⁷³.

Além disso, ao discutirmos a função do direito internacional penal e da pena para criminosos internacionais, devemos analisar o impacto da justiça sobre os processos de paz⁷⁴. A

⁷⁰ CETC, *Procureur c. Sary IENG*, Ordonnance de placement en détention provisoire, 14 de novembro de 2007, §§11-14.

⁷¹ Ver DELMAS-MARTY, Mireille. « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) ». In CASSESE, Antonio ; DELMAS-MARTY, Mireille. *Juridictions nationales et crimes internationaux*. Paris : Presses Universitaires de France, 2002, pp. 626-637.

⁷² O'SHEA, Andreas. *Amnesty for Crime in International Law and Practice*. Leiden: Kluwer Law International, 2002.

⁷³ AKHAVAN, Pavan. "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", *American Journal of International Law*, vol. 95, n° 7, 2001, pp. 7-31.

⁷⁴ KNOOPS, Geert-Jan Alexander. "International and Internationalized Criminal courts: the new face of international peace and security?", *International Criminal Law Review*, vol. 4, 2004, pp. 527-547; BLUMENSON, Eric. "The

origem do direito internacional penal está associada à busca de padrões humanitários, porém suas experiências foram construídas sobre a diplomacia da paz e da segurança internacionais. A paz é um valor a duras penas universalizado pela Carta das Nações Unidas e a justiça internacional pode ser considerada como um meio de alcançá-la, embora nem sempre tenha sido essa a interpretação política. Julgar ou não penalmente presidente, primeiro-ministro, monarca, comandante militar, chefe miliciano ou rebelde, líder político, e seus subordinados, tem sido sopesado pela diplomacia em relação ao esforço de manter a paz e a segurança internacionais e a diverso jogo de poder. A criação pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas do TPIY e do TPIR e a obtenção de cooperação para deter acusados podem ser lidos dessa forma, basta para confirmar isso seguir os traços que levaram à prisão de Milosevic e de Karadzic⁷⁵. Paradoxalmente, as instituições internacionais penais sempre estão em choque com certas políticas de não responsabilização penal, porém, sem poder de polícia, ao mesmo tempo devem sua existência à colaboração estatal.

O TPIY e o TPIR foram criados por resoluções do Conselho de Segurança e, portanto, contam em tese⁷⁶ com o dever de cooperação de todos os Estados por força da Carta das Nações Unidas, além de disporem do poder de polícia do próprio Conselho. Igualmente, os atos das câmaras especiais de Kosovo, da Bósnia-Herzegovina e do Timor-Leste são oponíveis a terceiros Estados, pois são criados por representantes das Nações Unidas sob a égide de resoluções do Conselho de Segurança. Entretanto, esse não é o caso de tribunais criados por acordos bilaterais, como o de Serra Leoa, que contarão com cooperação de outros Estados somente mediante celebração de tratados ou por voluntarismo⁷⁷. Já o TPI é nutrido pela cooperação especial de seus Estados-Partes, atualmente em número de 113, e mantém relação especial com as Nações Unidas.

Sobre este último tema, em razão da atuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas em busca da paz e segurança ser um fim básico da sociedade internacional, em seu nome o art. 16 do Estatuto de Roma pode ser utilizado para suspender o processo penal por 12 meses, prorrogáveis por igual período. Entretanto, a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma esse mecanismo foi utilizado irregularmente por dois anos, a fim de imunizar de maneira preventiva o pessoal de Estados não-Partes do Estatuto que participa de operações de paz das Nações Unidas. As resoluções do Conselho de Segurança que asseguraram essa política assinalavam difícil convivência desse órgão com o TPI. Porém, essas resoluções⁷⁸ não foram mais reeditadas e, surpreendentemente, o Conselho de Segurança remete a situação Darfur ao TPI⁷⁹, em uso de faculdade que somente lhe cabe, a de submeter caso mesmo se os crimes foram cometidos por nacionais de Estado não-Parte em território de Estado não-Parte, no caso, o Sudão.

Muitos diriam que fora um falso presente, pois as Nações Unidas não arcavam com os custos do processo e mantinham as imunidades dos membros de operações de paz no Sudão nacionais de Estados não-membros. Ademais, teria o TPI força para executar suas decisões em

Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, n° 3, 2006, pp. 801-74.

⁷⁵ HARTMANN, Florence. *Paix et Châtiment: les guerres secrètes de la politique et de la justice internationales*. Paris: Flammarion, 2007.

⁷⁶ PESKIN, Victor. *International Justice in Rwanda and the Balkans : virtual trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁷⁷ LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth. «Quelques brèves réflexions sur les actes créateurs des Tribunaux pénaux internationalisés». In ASCENSIO Hervé, LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth, SOREL Jean-Marc (sous la direction de). Op. cit., pp. 42-3.

⁷⁸ Resoluções 1422, de 12 de julho de 2002, e 1487, de 12 de junho de 2003.

⁷⁹ Resolução 1593, de 31 de março de 2005.

Estado não-Parte em convulsão e que mantém partícipes das ações criminosas no governo, a incluir ex-ministro do interior e atual ministro de assuntos humanitários, Ahmad Muhammad Harun e o próprio presidente? Mesmo sob o amparo do Conselho de Segurança, a falta de cooperação era esperada e inevitável. Mesmo assim, em 2 de maio de 2008, o TPI expede mandato de prisão por crimes contra a humanidade e de guerra contra Harun e vai além ao expedir mandato de prisão contra Omar Hassan Ahmad al-Bachir, nada menos que o presidente da República do Sudão. Pela primeira vez na história um chefe de governo em exercício é acusado por crimes internacionais, no caso crime de genocídio contra as etnias four, masalit e zaghawa, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Muitos argumentarão que o julgamento do presidente do Sudão ameaçará a paz local, como já foi suscitado pela Liga Árabe; outros reclamarão a suspensão do processo pelo Conselho de Segurança e ainda alguns simplesmente dirão que o TPI não obterá a necessária cooperação para executar essa decisão. Muito está em jogo nesse *leading case*. A prisão de quem utiliza o aparelho de Estado na qualidade de líder máximo para cometer crimes internacionais interromperá e evitará novos crimes, ao menos sob sua orientação e de seus principais aliados, se igualmente detidos. Seu regime político será considerado criminoso e politicamente enfraquecido e, embora haja possibilidade de irromperem movimentos de violência associados a essas prisões, provavelmente não será um quadro pior do existente. Especialmente, se a sociedade internacional se conscientizar que não há paz sem justiça nem justiça sem paz e, ao invés de garantir a impunidade de autor de crime de massa, promova projeto desenvolvimentista no Sudão. Essas funções executivas não podem ser cobradas da justiça internacional penal, que é um complemento das justiças internas, não de seus executivos.

Quanto ao TPI, caberá julgar os grandes responsáveis pelos crimes internacionais, não reconhecendo anistias ou defesa por obediência hierárquica, bem como desencadear processo reparatório às vítimas e nutrir-se de novas experiências de justiça internacional, especialmente as que acentuam o valor da memória coletiva⁸⁰. Outros pesados desafios virão, como enfrentar forças hegemônicas, o que poderá ocorrer num momento próximo com os dossiês da procuradoria do TPI sobre as situações no Iraque, no Afeganistão e na Geórgia. A nosso favor? *L'empire des changements* de Moynier, que possui o tempo e a reflexão histórica como aliados.

⁸⁰ HENHAM, Ralph. "International Sentencing in the Context of Collective Violence", *International Criminal Law Review*, n. 7, 2007, pp. 449–468.